

**МІЖНАРОДНА ЗВИЧАЄВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ**

**Актуальність теми.** Події останніх місяців у нашій країні якнайбільш яскраво продемонстрували важливість існування та дієвого функціонування міжнародного права, адже саме воно за наявності ефективних гарантій його реалізації могло б забезпечити держави, слабкіші з точок зору економіки та воєнного потенціалу, від сваволі сильніших держав. Разом із тим, незважаючи на кілька сторіч історичного розвитку класичного міжнародного права, його дієвість ще й зараз викликає запитання. Причини цього явища полягають як в об'єктивних особливостях цієї нормативної системи, так і в наявності значної кількості теоретичних та практичних проблем, розв'язати які вже багато років намагаються вчені різних країн. Однією з таких проблем є невизначеність умов та складових процесу міжнародної правотворчості. Вважаємо, якнайбільш детальна регламентація цієї процедури могла б позбавити міжнародні відносини від колізій, прогалин та маніпуляцій у правовому регулюванні. Крім того, її наслідком могло б стати та можливе розв'язання багатьох інших «класичних» запитань міжнародного права: питання про норми та джерела міжнародного права, його суб'єктів, участі інших суб'єктів у регламентації міжнародних відносин тощо.

**Постановка проблеми.** Усвідомлюючи важливість теоретичних досліджень зазначеної теми, вважаємо за необхідне зупинитися на розгляді питання міжнародної звичаєвої правотворчості, яке є одним із ключових у контексті джерел міжнародного права. Останні десятиріччя продемонстрували, що прогнози щодо нівелювання значення звичаєвих норм для врегулювання міжнародних відносин не підтвердилися. Більш того, в умовах, коли багато країн усвідомлено відмовляються від підписання міжнародних договорів, не бажаючи обмежувати себе невигідними зобов'язаннями, саме міжнародний звичай залишається чи не єдиним засобом для встановлення базового регулювання в багатьох, особливо нових, сферах міжнародного спілкування.

Однак саме утворення міжнародних звичаїв уже протягом багатьох десятиріч викликає велику кількість теоретичних та практичних запитань, коло яких постійно розширюється. Якщо процес укладання та виконання міжнародного договору, а також інші пов'язані з ним міжнародні відносини є більш-менш врегульованими, то відносини з утворення та застосування міжнародного звичаю такої чіткості в нормативній регламентації не мають. Найскладніші проблеми стосуються саме міжнародної звичаєвої правотворчості, адже ще й досі немає чітких відповідей ані щодо часу, потрібного для утворення міжнародного звичаю, ані щодо форм вираження так званого *opinio juris*, ані щодо суб'єктів такої правотворчості тощо.

**Мета та завдання дослідження.** Враховуючи зазначену вище проблематику, метою статті є дослідженню міжнародної звичаєвої правотворчості, аналіз окремих елементів і складових її процесу, а також надання рекомендацій щодо їх визначення та вдосконалення. Задля досягнення поставленої мети намагатимемося

надати визначення поняттю «міжнародна звичаєва правотворчість» та в цьому контексті виокремити її етапи; спробуємо окреслити коло суб'єктів, які впливають на утворення міжнародних звичаїв; зупинимось на теорії «миттєвого» звичаю, окресливши особливості його утворення.

**Аналіз стану літератури.** Існує значна кількість праць, які стосуються загальних та окремих питань правотворчості в міжнародному та національному праві. Серед учених, які займалися такими дослідженнями, можна назвати С.С. Алексєєва, В.Н. Денисова, Ю.М. Колосова, В.М. Корецького, Е.С. Кривчкову, Л.А. Луць, П.М. Рабіновича, А.М. Талалаєва, О.Д. Тихомирова, Ю.О. Тихомирова, Г.І. Тункіна та інших. Однак спеціальним дослідженням міжнародної правотворчості присвячено набагато менше наукових праць. Зокрема, ця проблематика досліджувалася в роботах К.А. Бекяшева, В.Г. Буткевича, Г.М. Даніленко, О.В. Задорожнього, І.І. Лукашука, О.О. Мережко, В.В. Мицика, Ю.В. Нички, Н.Д. Тазієва, Ю.В. Щокіна, А. Бойля, К. Чинкіна, Й. Паувеліна, Р. Весселса, Я. Вортерса та інших.

**Виклад основного матеріалу.** Міжнародна правотворчість являє собою широкий за своїми проявами, сферами впливу та суб'єктним колом процес. Останнім часом намічається тенденція до певного маніпулювання поняттям правотворчості, що проявляється, зокрема, у недостатньо обґрунтованому на сьогодні поширенні кола суб'єктів, які беруть участь у правотворчому процесі. Не вдаючись до поглибленого аналізу питання щодо суб'єктів міжнародної правотворчості, варто відзначити наявність думок щодо найбільш широкої участі міжнародної громадськості та її окремих представників у створенні міжнародно-правових норм [1, с. 423–425; 6]. В умовах трансформації суспільства та системи міжнародних відносин в останні десятиріччя така тенденція здається закономірною та виправданою. Однак, враховуючи значення, яке має міжнародний правотворчий процес, будь-які зміни в його теорії та практиці мають бути добре виваженими та погодженими з найбільш можливою кількістю вже визнаних міжнародних правотворчих суб'єктів. Мова йде насамперед про держави.

Ситуацію, яка наразі склалася, можна розглядати в ширшому контексті нормоутворення в міжнародних відносинах. Як відомо, сфері міжнародних відносин властива значно менша врегульованість нормами правового характеру, ніж відносинам внутрішньодержавного характеру. Натомість значну роль у цьому процесі відіграють інші соціальні регулятори: норми моралі, ввічливості, політичні, технічні та інші норми [1, с. 187–189]. На певному етапі свого розвитку деякі з них отримують юридичну обов'язковість та стають правовими нормами. Однак до цього моменту такі норми також виконують функцію соціального регулятора, проходячи етапи утворення, застосування, змін, у яких бере участь уже значно більша кількість акторів міжнародних відносин. Ці міркування дозволяють дійти висновку про те, що міжнародна правотворчість є складовою ще більш широкого процесу міжнародної нормотворчості.

Крім того, власне міжнародна правотворчість може розумітися в різних аспектах [2, с. 156–159]. Особливо яскраво це проявляється саме на прикладі міжнародних звичаєвих норм.

У класичному розумінні норми міжнародних звичаїв, як і норми міжнародних договорів, мають проходити два етапи свого формування, щоб отримати силу юридично обов'язкового правила поведінки в міжнародних відносинах.

На першому етапі відбувається формування самого правила поведінки, тобто норми, яка, однак, ще не має статусу правової. Це «об'єктивний» елемент у структурі міжнародного звичаю, для формування якого необхідно, щоб певна одноманітна поведінка суб'єктів міжнародного права в аналогічних ситуаціях мала місце протягом достатньо довгого проміжку часу. Часто результатом такої поведінки стає так зване міжнародне узвичаєння, яке, не маючи юридичної обов'язковості, водночас становить норму поведінки, недотримання якої в міжнародних відносинах може розглядатися як недружній акт та викликати певні форми протесту. На нашу думку, саме цей етап можна розглядати як перший етап міжнародної звичаєвої правотворчості в широкому розумінні.

Другим обов'язковим для формування саме правової норми є етап, на якому до «об'єктивного» елементу міжнародного звичаю додають «суб'єктивний» елемент – згоду суб'єктів міжнародного права на надання вже сформованій міжнародній звичаєвій нормі поведінки характеру юридично обов'язкової. На цьому етапі відбувається перетворення просто звичаю на звичай правовий. Як здається, саме цей важливий етап можна вважати другим етапом міжнародної правотворчості в широкому розумінні.

Що ж до більш вузького її визначення, то за аналогією з міжнародним договором міжнародну звичаєву правотворчість у цьому випадку можна зводити до останнього етапу, а саме до етапу висловлення *opinio juris*, на якому безпосередньо з'являються юридично обов'язкові звичаєві норми.

Разом із тим таке виокремлення етапів міжнародної звичаєвої правотворчості є дещо умовним, адже на практиці важко визначити, де закінчується формування «об'єктивного» елемента звичаю, тобто практики, та відбувається висловлення *opinio juris*.

Відсутність регламентованої процедури утворення міжнародних звичаїв призводить до неоднозначного розуміння цих двох елементів як у міжнародній судовій практиці, так і в наукових працях різних учених. Якщо у визначенні проявів міжнародної практики міжнародна наукова спільнота є більш-менш одностайною, розуміючи під ними повторюваність, постійність, тривалість, однаковість [7], то в розумінні того, що саме становить собою *opinio juris*, такої єдності немає. Більш того, деякі науковці взагалі заперечують значення цього елемента міжнародного звичаю, наголошуючи на значенні практики. Так, Г. М. Даниленко зазначає: «Звичаєве право є продуктом практики й тільки практики» [3, с. 65]. Інші автори, зокрема, А. Д'Амато, обґрунтовують виключне значення саме *opinio juris* для формування міжнародних звичаєвих норм, широко трактуючи його зміст [8].

У цьому аспекті є слушною позиція Ю. В. Щокіна, який критикує таке широке тлумачення основних складових міжнародного звичаю. Він пише: «Якщо взяти до уваги сучасні тенденції в міжнародному звичаєвому нормотворенні, коли *opinio juris* уже не стільки закріплює практику, скільки активно формує її, потреба у вузькому тлумаченні елементів міжнародно-правових звичаїв стає

ще більш очевидною. <...> практика та *opinio juris* під час розгляду їх як структурних елементів міжнародно-правового звичаю повинні тлумачитися у вузькому значенні: практика – це сукупність фактичних діянь (дій або бездіяльності) суб'єктів міжнародного права, які являють собою повторювані в міжнародних відносинах якісно однорідні за своїм змістом локалізовані в просторі та часі фрагменти соціального життя з відносно стабільним складом учасників (соціальні ситуації), а *opinio juris* – це переконання цих суб'єктів у юридичній обов'язковості або протиправності передбачуваних чи здійснених ними фактичних дій» [4, с. 125]. Це, безсумнівно, глибоке за аналізом визначення, незважаючи на деяку узагальненість, містить низку ключових моментів для розуміння процесу утворення міжнародних звичаїв. Воно наголошує на необхідності більш чіткого їх визначення в науці та джерелах міжнародного права, що у свою чергу буде корисним для конкретизації міжнародного правотворчого процесу.

Варто зауважити, що окремо в цьому контексті слід розглядати «миттєві» звичаї, існування яких обґрунтовують деякі дослідники, зокрема І. І. Лукашук. Він розділяє міжнародні звичаї на традиційні та нові: «У сучасному міжнародному праві є два види звичаєвих норм. Перший, традиційний, є неписаним правилом, яке склалося в практиці, за яким визнається юридична сила. Другий – це новий вид, до якого належать норми, створювані не тривалою практикою, а визнанням правил як таких у тому чи іншому акті» [5, с. 112].

Ця теза дослідника дає змогу зробити висновок стосовно того, що в процесі формування традиційний звичай проходить два етапи. Перший проявляється у встановленні певної сталої практики, тобто одноманітної поведінки (дій чи бездіяльності), до якої вдаються суб'єкти міжнародного права (насамперед держави) під час врегулювання аналогічних міжнародних відносин протягом певного, як правило, досить довгого проміжку часу. На другому етапі вже сформованій нормі надається юридична обов'язковість шляхом, зокрема, так званої мовчазної згоди, що й перетворює її на правову норму.

Що ж до «нового» звичаю, то вищевикладене наводить на думку про його одноетапне формування, адже стала практика його застосування відсутня або майже відсутня, а юридична сила новітній нормі надається шляхом закріплення її в певних актах: «Норми другого виду спочатку формулюються чи в договорах, чи в таких неправових актах, як резолюції міжнародних нарад та організацій, а в подальшому за ними визнають статус норм загального міжнародного права. Юридично вони існують як звичаї, а відповідні акти слугують доказом їхнього змісту» [5, с. 112].

Не вдаючись до детального аналізу концепції «миттєвого» звичаю, маємо зазначити, що ця концепція зумовлює дискусії та заперечення в науковому середовищі. І хоча не можна не погодитися з тим, що час формування міжнародних звичаїв на сучасному етапі дійсно значно скоротився, проте й не можна однозначно погодитися з їх миттєвим утворенням, оскільки це певним чином суперечить самій правовій природі та ідеї звичаю. Як здається, практика застосування нової звичаєвої норми поведінки в міжнародних відносинах присутня в будь-якому випадку, проте для її встановлення немає потреби в багатьох роках або навіть сто-

літтях. Достатньо того, щоб держави не виразили свого заперечення щодо формування нового міжнародного звичаю протягом певного розумного періоду часу.

Розглядаючи суб'єктів міжнародної правотворчості, знову повертаємося до ключового питання щодо її визначення. Розуміючи міжнародну звичаєву правотворчість як двоетапний процес, слід по-різному визначати суб'єктів, які беруть участь на цих етапах.

Первісно переважну роль у формуванні звичаєвої норми в її класичному розумінні відігравали саме держави як основні суб'єкти міжнародного права. Проте наразі коло суб'єктів міжнародної правотворчості в цілому та на окремих етапах зокрема продовжує зростати. Так, на думку Ю. В. Щокіна, «суверенні держави є не єдиними суб'єктами-учасниками процесів формування міжнародно-правових звичаїв. Поряд із ними в міжнародному звичаєвому нормоутворенні беруть участь фізичні особи, міжнародні та національні (локальні) неурядові організації, підприємницькі компанії, тобто всі ті, чия міжнародна правосуб'єктність у вітчизняній доктрині тільки знаходить своє визнання» [4, с. 190].

Окреме питання викликають суб'єкти другого етапу утворення міжнародних звичаїв, тобто етапу висловлення *opinio juris* (або ж основного етапу міжнародної звичаєвої правотворчості в її найбільш вузькому розумінні). Незважаючи на те, що традиційно висловлення *opinio juris* було прерогативою держав, у наш час усе більшу роль у процесі визнання певної звичаєвої норми поведінки в міжнародних відносинах правовою нормою відіграють ще й інші суб'єкти міжнародного права. Насамперед зростає авторитет міжнародних організацій та міжнародних судових органів, адже саме їхня позиція часто стає визначальною в питанні встановлення факту наявності певних звичаїв. Цей факт інколи дає підстави для побоювань щодо підміни ними в процесі формування міжнародного звичаю самого правотворчого суб'єкта, тобто держави.

**Висновки.** Безсумнівно, окреслене коло запитань потребує більш глибоких та ґрунтовних досліджень, однак і вищевикладене дає підстави зробити такі висновки:

1) міжнародна звичаєва правотворчість потребує більш чіткої регламентації в міжнародному праві, зокрема необхідно визначитися з етапами, засобами та суб'єктами цього процесу, встановити форми вираження його результатів;

2) міжнародна звичаєва правотворчість може розглядатися в різних аспектах: як самостійний процес та як складова або етап більш широкого процесу міжнародного нормоутворення. Міжнародна звичаєва правотворчість також може розумітися у вузькому та широкому сенсах. Класичне її визначення охоплює два основні етапи формування міжнародних звичаїв;

3) розмежування етапів міжнародної звичаєвої правотворчості не є легкою справою через неоднозначне розуміння таких двох основних елементів міжнародного звичаю, як практика та *opinio juris*. Їх розподіл та більш чітке визначення допомогло б, зокрема, вирішити питання щодо процедури утворення нових та доведення існування наявних у міжнародному праві звичаїв;

4) конкретної відповіді вимагає запитання щодо теорії «миттєвих» міжнародно-правових звичаїв, адже їхнє існування перекреслило б багато базисних положень щодо міжнародного правотворчого процесу в цілому. Як здається, було

б помилковим повністю відкидати фактор часу в процесі утворення звичаю. Більш правильно, на нашу думку, казати про скорочення строків утворення міжнародних звичаїв на сучасному етапі;

5) суб'єктне коло міжнародної звичаєвої правотворчості безпосередньо залежить від її визначення. Новітньою тенденцією є його поширення із залученням суб'єктів, чия міжнародна правосуб'єктність не є остаточно визнаною. Така тенденція є, з одного боку, закономірною, що пояснюється трансформацією сучасного суспільства та міжнародної системи, а з іншого – вона потребує більш ґрунтовної наукової й нормативної бази, адже може призвести до зловживань та суперечок щодо утворення та застосування нових міжнародно-правових звичаєвих норм.

### Література

1. Буткевич В. Г. Міжнародне право. Основи теорії / В. Г. Буткевич, В. В. Мицик, О. В. Задорожній. – К. : Либідь, 2002. – 608 с.
2. Нігрєєва О. О. Правотворчість у міжнародному праві : до питання про визначення / О. О. Нігрєєва // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2013. – Вип. 6-3. – Т. 2. – С. 156–159.
3. Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве / Г. М. Даниленко. – М. : Наука, 1988. – 192 с.
4. Щокін Ю. В. Міжнародно-правовий звичай: проблеми теорії та практики : [монографія] / Ю. В. Щокін. – Х. : Право, 2012. – 456 с.
5. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : [учебник для студентов юридических факультетов и вузов] / И. И. Лукашук. – изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – 415 с.
6. Koh H. Twenty-First Century International Lawmaking / H. Koh [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/199319.htm>.
7. Тункин Г. И. Теория международного права / Г. И. Тункин. – М. : Зерцало, 2000. – 296 с. ; Броунли Я. Международное право / Я. Броунли. – М. : Прогресс, 1977. – 507 с.
8. D'Amato A. The concept of custom in international law / A. D'Amato. – Ithaca ; London : Cornell University. Press, 1971. – 286 p.

### Анотація

**Нігрєєва О. О. Міжнародна звичаєва правотворчість: окремі аспекти.** – Стаття.

Статтю присвячено розгляду окремих аспектів міжнародної звичаєвої правотворчості, наведено міркування щодо її визначення, здійснено аналіз етапів та суб'єктів процесу утворення міжнародних звичаїв, приділено увагу теорії «миттєвого» звичаю та питанню розширення кола правотворчих суб'єктів у міжнародному праві.

**Ключові слова:** міжнародна правотворчість, міжнародний звичай, міжнародна звичаєва правотворчість, практика, *opinio juris*.

### Аннотация

**Нигреева А. А. Международное обычное правотворчество: отдельные аспекты.** – Статья.

Статья посвящена рассмотрению отдельных аспектов международного обычного правотворчества, приведены размышления в отношении его определения, осуществлен анализ этапов и субъектов процесса образования международных обычаев, уделено внимание теории «моментального» обычая и вопросу расширения круга правотворческих субъектов в международном праве.

**Ключевые слова:** международное правотворчество, международный обычай, международное обычное правотворчество, практика, *opinio juris*.

### Summary

**Nigreieva O. O. International custom lawmaking: some aspects.** – Article.

The article is dedicated to some international custom lawmaking aspects. The reflections on its definition are outlined. The analysis of stages and subjects of international custom lawmaking is done. The author paid attention to the issues of “instant” custom theory and enlargement of international law-making subjects’ circle in international law.

**Key words:** international lawmaking, international custom, international custom lawmaking, practice, *opinio juris*.